

賠償責任保険契約における故意免責（1）

——保険契約における故意免責条項の序論的考察——

山 田 拓 広*

目 次

- I はじめに
- II 平成5年判決について
 - 1 事案の概要
 - 2 第1審の判断（東京地判昭和60年10月25日判タ569号33頁）
 - 3 原審の判断（東京高判昭和63年2月24日判タ658号247頁）
 - 4 上告審の判断（最三小判平成5年3月30日民集47巻4号3262号）
 - 5 問題の所在
 - (1) 前提となる事実
 - (2) 論点整理
 - (3) 平成5年判決前の類似事案について
 - (4) 小 括
- III 学説の状況
 - 1 故意免責条項の「故意」に未必の故意が含まれるか
 - (1) 故意免責条項の「故意」に未必の故意も含まれるとする説
 - (2) 故意免責条項の「故意」に未必の故意は含まれないとする説
 - (3) 蓋然性説（故意免責条項の「故意」に未必の故意を含むが故意の意義については保険法独自の見地から定めるべきとする見解）
 - (4) 刑法学説について
 - (5) 刑法学説に基づく検討
 - (6) 刑法学説援用の妥当性
 - 2 故意の認識対象は何か（原因行為か損害結果か）
 - (1) 故意は原因行為にあれば足りるとする説
 - (2) 故意は原因行為及び損害結果の両方に必要とする説
 - (3) 蓋然性説

* やまだ・たくひろ 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程 弁護士

- (4) 原因行為の不法性が強い場合には加重的損害の故意を不要とする説
- (5) 検討のための視点と仮説

I はじめに

保険法（平成20年法律第56号）は、第17条１項で、「保険者は、保険契約者又は被保険者の故意又は重大な過失によって生じた損害をてん補する責任を負わない。戦争その他の変乱によって生じた損害についても、同様とする。」と定める。他方、同条２項は、「責任保険契約（損害保険契約のうち、被保険者が損害賠償の責任を負うことによって生ずることのある損害をてん補するものをいう。以下同じ。）に関する前項の規定の適用については、同項中『故意又は重過失』あるのは、『故意』とする。」と定め、責任保険においては重過失によって生じた損害を免責事由から除外している。

改正前商法641条は、「保険ノ目的ノ性質若シクハ瑕疵、其自然ノ消耗又ハ保険契約者若シクハ被保険者ノ悪意若シクハ重大ナル過失ニ因リテ生シタル損害ハ保険者之ヲ填補スル責ニ任セス」として、責任保険における特則を設けていなかったが、責任保険契約は、被保険者が不法行為等により損害賠償責任を負った場合に備えて締結されるものであり、重過失を免責とすると保険契約を締結した目的が十分に達成できないこと、被害者保護に資すること、実務上も保険契約者等の重過失を保険者免責事由としていない契約が多いこと等を踏まえ、保険契約者または被保険者の重大な過失を法定免責事由としなかったとされている¹⁾。また、テクノロジーが高度に発展した現代社会においては、自動車事故、航空機事故、医療事故、薬害、公害等のように、加害者に損害賠償責任を発生させる様々なリスクが存在すること、被害者の権利意識が向上し、加害者に損害賠償を求める機

1) 萩本修編『一問一答保険法』（商事法務、2009年）120頁。ここでの指摘のとおり、改正前商法下においても、実務上は、自動車保険を中心とする賠償責任保険約款においては、被保険者の重過失は免責事由とされていないことが多かったものと解される。

会が増加していることから、加害者の損害賠償資力を確保し、もって、被害者及び加害者を保護する必要性も指摘されている²⁾。

このように、損害招致が故意か過失かによって、賠償責任保険の有無責の判断が分かれることになるため、「故意」の該当性の判断は鋭く対立することになる。例えば最近では、あおり運転の危険性が問題視され、刑事上では殺人罪が適用された事例³⁾や、危険運転致死傷罪が適用された事例⁴⁾があることや、車両保険金詐取の目的で3人で車両に乗車し、車両を故意に川に沈めたところ、1人が脱出できずに溺死したといった事件もあり⁵⁾、これらの事例において保険金請求が行われることが想定されるが、

2) 大串淳子＝日本生命保険生命保険研究会編『解説 保険法』（弘文堂、2008年）78頁。

3) 大阪府堺市において、自動車を運転してた被告人が大型バイクに対してあおり運転を行い追突してバイクの男性を死亡させた事件に関する刑事裁判において、被告人が衝突後に「はい、終わり」と言った等の事実関係のもとにおいて、大阪地裁支部判平成31年1月25日（D1-Law 判例体系：28270547）は未必の故意を認定して殺人罪を適用し、懲役16年の有罪判決を下した。原審の大阪高判令和1年9月11日（D1-Law 判例体系：28273805）は被告人の控訴を棄却し、上告審の最二小決令和2年7月31日（D1-Law 判例体系：28283041）も上告を棄却したため、懲役16年の刑が確定した。なお、第1審は量刑の理由において、本件で自賠責保険金が支払われる可能性はあるが、故意に他人の生命、身体を害した場合に自賠責保険金が支払われるのは被害者救済のためであり、このような場合に保険料の負担しかしていない者に量刑上の恩典を与えることは故意の犯罪行為を助長しかねない等と述べて自賠責保険金が支払われる可能性を量刑上考慮していない。自賠法14条の運用では「悪意」に未必の故意は含まれないとされているようであり、この見解に従えば本件でも自賠責保険金は有責判断となるが、上記判旨の指摘するとおり、自動車を利用した犯罪行為（あおり運転等）を助長する側面は否めない。なお、第1審、原審の判決文からは判決時点では自賠責保険金は支払われていないようであるが、その後自賠責保険金が支払われたかは不明である。

4) 横浜地判平成30年12月14日（D1-Law 判例体系：28271614）は危険運転致死傷罪の成立を認め懲役18年の有罪判決を下したが、東京高判令和1年12月6日（D1-Law 判例体系：28280236）は訴訟手続の法令違反を理由に原判決を破棄差し戻しとした。なお、原審の横浜地裁は量刑の理由で、被告人車両が対人・対物無制限の保険に加入しており、今後、被害者側に対して相当額の損害賠償が見込まれることを酌むべき事情と指摘しているが、実際に対人・対物賠償責任保険により損害がてん補されたかは不明である。

5) 東京新聞 Web 版2020年11月5日配信、<https://www.tokyo-np.co.jp/article/66544>。この件では保険金請求はなされていないようであるが、記事によれば、死亡した被害者も偽装事故の共謀者との指摘もあるようであり、その場合、被害者には損害結果に対する同

その場合の故意免責の適用は難しい判断を迫られることになる。ゆえに、今もって、「故意」の意義や認識対象に関する議論は重要性を有するものと考えられる。

我が国の判例において、故意の意義及び範囲について判示したリーディングケースとして、最三小判平成５年３月30日民集47巻４号3262号（以下「平成５年判決」ということがある。）がある。

事実関係の詳細は後述するが、最高裁は、傷害の故意で死の結果を生じさせた場合の故意免責の適用について、「傷害と死亡とでは、通常、その被害の重大性において質的な違いがあり、損害賠償責任の範囲に大きな差異があるから、傷害の故意しかなかったのに予期しなかった死の結果を生じた場合についてまで保険契約者、記名被保険者等が自ら招致した保険事故としての免責の効果が及ぶことはない」、「本件免責条項は、傷害の故意に基づく行為により被害者を死亡させたことによる損害賠償責任を被保険者が負担した場合については適用されない」と判断した。

上記平成５年判決は、下級審の段階から注目され、賠償責任保険における故意の意義やその対象について学説上も様々な議論が展開された。そして、これらの議論が最高裁の判断に影響を与えたものと思われる。そのような中で出された平成５年判決は概ね学説上も好意的に受け止められていると解されるが、理論的には未解明な部分もあると考えられる。

本稿では、まず、平成５年判決を出発点として、賠償責任保険における故意の意義及びその対象について従来の議論を概観し、その後の判例の展開を踏まえて、平成５年判決の妥当性について検討する。その上で、賠償責任保険が重要な役割を果たしている専門家賠償責任保険における事案を素材に平成５年判決の射程を明らかにし、賠償責任保険における故意の意義及び対象について検討する。

併せて、上記検討の過程において、ドイツ保険契約法（Versicherungs-

ㄨ意があったとも解され加害者の民事上の賠償責任の発生がまずは問題になるであろう。

vertragsgesetz) との比較に基づく検討を加える。

II 平成 5 年判決について

まずは平成 5 年判決の事案の概要と下級審の各判断について概観する。

1 事案の概要

本件は、交通事故により死亡した被害者の相続人が、加害者と自動車保険を締結していた保険会社に対し、対人賠償責任保険金を直接請求した事案である。本件事故の際、加害者と被害者は女性を巡って対立していたところ、加害者は、被害者から逃れるため、当該女性を乗車させて車を発進させようとしたが、女性を追いかけてきた被害者に追いつかれた。被害者は、車のミラーをつかんで強く揺すったり、運転席側のドアノブをつかんで開けようとしたり、ウインドウガラスを手でたたいたり、ドアを蹴るなどしながら「開けろ。出てこい。」などと言いつつ、車の発進を阻止しようとした。加害者は、被害者から逃れるため車両を徐々に進行させて十数メートル離れた事故現場に至ったが、被害者がなおもドアノブをつかみ、ウインドウガラスをたたきながら「おりてこい」などと言って横歩きで並進してついてくるので、被害者を振り切って逃げるため、同車をさらに加速しようとした。加害者は、急加速すれば車両右側を並進している被害者を路上に転倒させ負傷させることがあるかもしれないことを認識しながら、あえてこれを認容し、同車を時速15キロメートルから20キロメートル程度に急加速したところ、被害者は路上に転倒して、頭蓋冠線状骨折等の傷害を負い、3日後に死亡したというものである。

2 第 1 審の判断（東京地判昭和60年10月25日判タ569号33頁）

第 1 審は、賠償責任保険約款における故意には未必の故意は含まれないと解釈し、本件加害者の故意は未必の故意に該当するので、保険者の故意免責の抗弁は認められないと判断した。その理由として挙げられているの

は、① 故意免責の趣旨は故意の事故招致は保険者との関係で信義誠実に反し、公益上からも適当でないこと、② 刑法上、未必の故意が処罰されるのは、行為者の悪性や、応報ないし犯罪防止の観点から刑事責任を課するのが相当と考えられるからであり、民事上、保険者に損害を補填する責任を認めるのが相当かとは観点を異にすること、③ 認識ある過失と対比した場合、その違いは行為者の内心において不確実な結果に向けられた不確定的な意思があるかないかの違いしかないのに、未必の故意の場合を免責とするのは不均衡であること、④ 未必の故意を免責とせずとも社会的に非難すべき違法行為によって生じた損害を保険で補填することにはならないこと、⑤ 自賠法14条の「悪意」には未必の故意は含まれないと解されていること等である。

3 原審の判断（東京高判昭和63年2月24日判タ658号247頁）

これに対し、原審は、賠償責任保険における故意免責の「故意」には、未必の故意を含み、また、故意の認識対象は、事故原因に対するもので足りる（損害発生に対する故意は不要）と判断して保険者の故意免責の主張を認めた。その理由は、① 我が国の損害保険会社の統一自動車保険約款は、昭和40年の約款改定により、賠償責任条項の重過失免責を削除したが、その際、免責事由として残された「故意」には未必の故意を含むことが確認されており、かつ、故意の対象については、事故発生原因に対するもので足り、損害発生の認識までは不要との解釈が確立されていたこと、② 上記のような損害保険会社側の解釈は、「故意によって生じた損害」という不法行為法上の文言を法律的に解釈した場合と同様の解釈であり、恣意的な解釈とはいえないこと、③ 傷害致死の致死という後続の重い結果につき加害者が責任を負うのは、その結果につき改めて過失が問われることによるのではなく、結果をもたらした当初の傷害行為に故意があったことによるのであり、当初の原因行為の不法性を介して法的責任に結びつくと、後続の重い結果の故意免責の「故意」も、当初の原因行為に関するも

のというべきであること、④ 未必の故意は免責されないという自賠責保険の解釈について、任意保険においてもこれと同一の解釈を期待する顧客の期待が一般的であるとはいえず、被害者保護を政策目的とする自賠責保険と、任意保険としての自動車保険の免責条項の解釈を整合させる必要はないこと、⑤ 未必の故意は違法な結果が生じても構わないと認容してあえて行動するものであり、およそ法的、社会的に許容されるものではないこと、⑥ 未必の故意は絶対に許されない行為であるが、認識ある過失は、注意義務を遵守するのであれば許される行為であり、法的評価の上で決定的な違いがあり、結果発生を意欲していないという点で共通点があるとしても、この決定的な違いは拭い去ることができないこと等である。

4 上告審の判断（最三小判平成 5 年 3 月 30 日民集 47 卷 4 号 3262 号）

上告審は、以下の理由で、原審を破棄し、保険会社側の控訴を棄却した。

「傷害の故意に基づく行為により予期しなかった死の結果を生じた場合には、加害者は、右行為と被害者の死亡との間に相当因果関係が認められる限り、その死亡に伴う全損害につき損害賠償責任を負担することになるが、このことから直ちに、傷害の故意に基づく行為により予期しなかった死の結果を生じた場合に、本件免責条項により免責の効果が発生するものと解するのは相当でない。けだし、ここで問題となるのは、加害者の負担すべき損害賠償責任の範囲ではなく、本件免責条項によって保険者が例外的に保険金の支払を免れる範囲がどのようなものとして合意されているのかという保険契約当事者の意思表示の問題であるからである。そして、本件免責条項にいう『故意によって生じた損害』の解釈に当たっては、右条項が保険者の免責という例外的な場合を定めたものであることを考慮に入れつつ、予期しなかった死亡損害の賠償責任の負担という結果についても保険契約者、記名被保険者等（原因行為者）の『故意』を理由とする免責を及ぼすのが一般保険契約当事者の通常の意味であるといえるか、また、

そのように解するのでなければ、本件免責条項が設けられた趣旨を没却することになるかという見地から、当事者の合理的意思を定めるべきものである。

以上の見地に立って考えると、傷害と死亡とでは、通常、その被害の重大性において質的な違いがあり、損害賠償責任の範囲に大きな差異があるから、傷害の故意しかなかったのに予期しなかった死の結果を生じた場合についてまで保険契約者、記名被保険者等が自ら招致した保険事故として免責の効果が及ぶことはない、とするのが一般保険契約当事者の通常的意思に沿うものというべきである。また、このように解しても、一般に損害保険契約において本件免責条項のような免責約款が定められる趣旨、すなわち、故意によって保険事故を招致した場合に被保険者に保険金請求権を認めるのは保険契約当事者間の信義則あるいは公序良俗に反するものである、という趣旨を没却することになるとはいえない。これを要するに、本件免責条項は、傷害の故意に基づく行為により被害者を死亡させたことによる損害賠償責任を被保険者が負担した場合については適用されないものと解するのが相当である。」

5 問題の所在

(1) 前提となる事実

以上概観したとおり、本件の前提としては、被害者と加害者はともに男性で、判決文からは年齢は不詳であるが、おそらく共に成人であること、被害者は、車両に乗車している加害者に対し、素手で迫っていたこと、素手で加害者と被害者は女性を巡って対立していたこと、加害者が自動車で発進しようとした際に、被害者はドアノブをつかんで開けようとしたり、ドアを蹴るなどして車両の発進を阻止し、加害者が徐行で数十メートル進行する間もウインドウガラスをつかみながら「降りてこい。」などと言って横歩きで並進していたこと、加害者は被害者を振り切って逃げる目的で、転倒して負傷することは認容しつつ、時速15キロメートルから20キロ

メートルに急加速したこと、これにより被害者は転倒して負傷し、3日後に死亡したことという事実がある他、被害者の相続人は、加害者を相手に損害賠償請求訴訟を提起し、裁判所は、加害者の自賠法3条の責任を認め、被害者の死の結果に起因する損害（逸失利益、死亡慰謝料）を認定している。そして、加害者に傷害結果に対する未必の故意があること、死の結果に対する故意はないことが前提である。

(2) 論点整理

本件は、第1審、原審、最高裁がそれぞれ異なる判断を示しているが、論点はいくつかに整理することができる。審級ごとに整理をしていくと、まずは、本件に適用される自動車保険における故意免責条項にいう「故意」に未必の故意が含まれるか否かが問題となった。第1審はこの点につき、「故意」には未必の故意を含まないと判断した結果、故意の認識対象の議論に進むことなく保険者の故意免責の主張を排斥して原告（被害者の相続人）の請求を認容している。原審は、「故意」には、未必の故意も含まれると判断した上で、故意の認識対象について、事故原因に対するもので足りる（損害発生に対する故意は不要）と判断して故意免責の適用を認めた。そして、最高裁は、「故意」に未必の故意を含むか否かについては明示的に判示していないものの、原審が適法に確定した事実関係として、「同人（被害者を指す。※著者注）を振り切って逃げるため、同人（被害者を指す。※著者注）を路上に転倒させ負傷させることのあることを認識しながらあえてこれを認容し」と述べていることから、「故意」には未必の故意を含むことを前提にしているように見えるが、最高裁判例解説ではこの点は判断していないと指摘されている⁶⁾。故意の認識対象については、

6) 倉吉敬「最判解民事」平成5年（上）567頁は、本判決は、本件免責条項が傷害の故意により被害者を死亡させた場合にも適用されるか、という論点につき消極に解したので、本件免責条項にいう「故意」に未必の故意は含まれるかという論点は判断する必要がなかったとして、賠償責任保険における故意免責の「故意」には、未必の故意を含むとした「原審の一般論を是認したわけではない」とする。

「傷害の故意しかなかったのに予期しなかった死の結果を生じた場合についてまで保険契約者、記名被保険者等が自ら招致した保険事故として免責の効果が及ぶことはない。」として、死亡という損害結果に対する故意が必要との立場を採用した。

（３）平成５年判決前の類似事案について

平成５年判決前に同種の問題が論点となった判例として以下の３件を具体的な検討の前に簡単に触れておく。

ア 仙台高判秋田支部昭和60年７月17日交民18巻４号949頁（原審は、秋田地判昭和59年８月21日交民17巻４号1084頁）（故意免責否定）

加害者が加害車両を時速60キロメートルで走行中、被害者が後方からバイクで接近し、加害車両の左側から追い抜いて加害者の前方に出たため、これに憤慨した加害者が被害者に加害車両を接近させ幅寄せなどをした。被害者はこれに怒り、加害車両の右側に並列して進行して車を停止するように怒号し、左足で加害車両を蹴りつけるなどした。加害者はこれを見て危害を加えられるおそれがあると危惧し、逃走のため、時速80から90キロメートルまで加速し、いきなりハンドルを右に切ったところ、加害車両が被害車両のバイクに接触し、対向車線にはみ出し、折から対向車線を対面進行してきた車両と衝突して被害者は死亡した。

以上の事実関係のもとで、秋田地裁は、「未必的にしろ本件事故つまり被害車が対向車と接触するなどの事故発生について故意・認容までの意思はなかったものと認めるのが相当である」として故意免責の主張を認めなかった。仙台高裁秋田支部も、加害者の「本件事故における認識の程度、範囲は、前記刑事判決におけると同様に、加害者を被害者に接近させるといいう有力を行使することについての認識を有するに止まったものと認められ」る、として故意免責を認めなかった。

刑事裁判では、加害者は傷害致死罪で立件されたが、同刑事裁判では、加害者の故意は、加害車両を被害車両に接近させていったという有勢力の

行使としての「暴行」の故意があったと認定された。暴行の故意しかなかったため、傷害結果の免責も認められないとの結論であるが、被害車両が並走している状態で、時速80から90キロメートルで加速いきなりハンドルを右に切る行為は非常に危険な行為であるから、行為の危険性の高さからは、少なくとも傷害部分の故意免責は検討されてしかるべきと思われる⁷⁾。加害者は結果の認容を否認するのが通例であろうから、そのような加害者の主観的な供述により有無責の判断が左右されるのは法的安定性を欠くというべきである。

イ 神戸地尼崎支判平成 3 年 2 月19日判時1414号106頁（故意免責肯定）

加害者は、業務で加害車両（普通貨物自動車）を運転中に交差点で被害者と喧嘩となったが、これを止めて立ち去ろうとしたところ、被害者が半開きの右側ドアから加害者の着衣を引っ張って降車させようとした。加害者はこれにかまわず加害車両を前進させたところ被害者は加害車両のステップに片足を乗せ上半身を車内に乗り入れてきた。加害者は降りてくれ等と言ったが、被害者は降りないまま走行を続けたところ、加害車両から転落し、加害車両の後輪に轢過され死亡した。被害者は事故当時飲酒した状態で血中アルコール濃度は0.29%であった。加害者は被害者が落下するかもしれない、落下したら危険であるとの認識を有していたが、逃れたい一心であったと述べる。被害者は、車に乗り込んだ際、右足でステップに立ち、右片手でハンドル右側を左手で加害者のジャンパーの裾をつかんでいたが、加害者の右手とドアで運転席に入れないように妨害阻止されていた。この状態で時速20キロメートルで約109.9メートル走行したところで被害者は落下した。現場は片側 2 車線の国道 2 号線上で本件事故当時も同一方

7) 行為の危険性の高さからは、傷害の未必の故意があったことを推認できるのではない。刑法上は暴行の故意しなくても結果的加重犯としての傷害致死の認定が可能であるから大きな争点とならないため、刑事裁判の結果をそのまま追認するのは問題である。ただし、危険の高さを故意免責の判断基準とすると、重過失が有責であることとの関係が問題となる、との指摘がある（尾上和宣「故意免責」交通事故賠償の新たな動向（交通事故民事裁判例集創刊25周年記念論文集）503頁等）。

向に走行する車両が多数あった。

以上の事実関係のもとで、裁判所は、加害者は、走行に伴う推進力や振動等により、右のような不安定な体勢でいる被害者が車から落下するかもしれないし、落下すれば道路に転倒して負傷し、あるいは自車又は同一方向に走行する他の車両によって礫過される可能性のあることを十分認識しながら逃れたい一心で落下による負傷もやむを得ないものとあえてこれを認容し、走行を継続したものと認められる、と述べ、暴行の確定的故意、傷害の未必の故意を認定した。故意の認識対象については、不法行為法上は自己の違法行為に基づく何らかの権利侵害なる結果の発生で足り、傷害致死の例のように、その結果と因果関係のある加重的権利侵害結果についてはその認識がなくても損害賠償責任を負うとされていることを前提に、保険業界で故意の認識対象は事故発生原因について存在すれば足り、損害発生については不要とされている解釈が確立していることも指摘した上で故意は加重的権利侵害結果までは不要として保険者の免責を認めた。

ウ 最二小判平成４年12月18日集民166号953頁（第１審：静岡地判平成２年６月25日交民23巻３号747頁）（故意免責肯定）

加害者がかねてから情交関係のあった女性と加害車両内で寝込んでいたところ、同女性の夫（被害者）に発見されたため、その場から逃れようとしたところ、被害者が進路前方に両手を加害車両のフロントガラスに当て、身体を車体前部に接触させるなどして立ち塞がったため、加害者は、そのまま本件車両を発進すれば車体を同人に衝突させて傷害を負わせる可能性が高いことを認識しながら、それもやむを得ないと考え、その場を逃れたい気持ちからあえて加害車両を発進させ、７、８メートル前進した地点で被害者を路上に転倒させ、被害者に加療約１年８か月を要する傷害を負わせた。

以上の事実関係のもとで、第１審の静岡地裁は、加害者は傷害結果に対する未必の故意を有していたと認定した上で、故意の意味内容は、不法行為法理によって定めるべきであり、不法行為法理において未必の故意は

「故意」に含まれると解釈されていることから、未必の故意は故意免責条項の「故意」に該当するとして、故意免責を認めた。最高裁も、「本件事故によって上告人が被った右損害は、本件免責条項に定める保険契約者、被保険者の故意によって生じた損害に当たる」として、故意免責の適用を認めた。

(4) 小 括

平成5年判決までの判例の流れを見ると、判例上でも「故意免責」の「故意」に未必の故意を含むのか、故意の認識対象は何か、という点が争点とされている。前者については、判決文を見る限りは、未必の故意を含むことを前提にしている様に見える。後者については、仙台高裁秋田支部は損害結果の発生まで必要とし、神戸地裁尼崎支部はこれを不要とする(事故発生原因で足りる)。最判平成4年の原審は故意の意味内容は不法行為法理によって定まるべきであると述べ、最高裁もこれを是認しているため、基本的に、故意の認識対象は事故発生原因で足りると考えているとも読み取れるが、明確には述べられていない。

Ⅲ 学説の状況

1 故意免責条項の「故意」に未必の故意が含まれるか

学説の状況は以下のとおりである。

(1) 故意免責条項の「故意」に未必の故意も含まれるとする説⁸⁾

故意免責条項の「故意」に未必の故意を含むとする見解は、不法行為法

8) 故意には未必の故意も含むとするものとして、中西正明「保険契約の免責条項における故意の意義」法教66号87頁、倉沢康一郎「未必の故意による保険事故招致」ジュリ935号104頁、石田満「自動車保険約の保険事故招致免責条項にいう『故意』」ジュリ909号53頁、落合誠一「保険事故招致免責条項の故意の対象」法教95号75頁、山下友信「故意の保険事故招致免責規定と未必の故意——東京地裁昭和60年10月25日判決について」ジュリ854号73頁(ただし、未必の故意の意味について後述の蓋然性説に立つ)、竹濱修「判批」民商110巻1号110頁、田辺康平「判批」私法判例リマークス1993年〈上〉122頁、宮島司

理によって定まることを指摘する。すなわち、責任保険における保険事故は被保険者が民事上の賠償責任を負担することであり、故意免責の規定はこれを受けて故意による損害はてん補しないとするものであるから、ここでいう故意は、刑法上の故意ではなく、不法行為法上の故意を指す。そして、不法行為法上の故意には未必の故意も含むので、本件免責条項の故意には未必の故意も含むと解すべきである⁹⁾、とする。

また、自賠法14条の「悪意」には未必の故意は含まれないと運用されているようであるが¹⁰⁾、それは不法行為法理とは相容れない解釈であり、それが可能であるのは公保険における被害者救済のための高度な目的論的解釈としてである。それが当然に私保険における契約当事者の合意の解釈に妥当することにはならない、と指摘される¹¹⁾。加えて、自賠法14条の「悪意」に該当する場合でも、被害者は保険会社に直接請求を行うことができ（自賠法16条1項、同条16条4項）、保険会社はその請求に対して支払った額について政府に補償を求めることができるが（同法16条4項）、政府は損害のてん補をしたときはその支払額の限度で被害者が損害賠償の責任を有する者に対して有する権利を取得する（同法76条2項）という仕組みとなっている。よって、「悪意」に未必の故意を入れても入れなくても被害者救済の精神に反することはないが¹²⁾、任意保険においては上記のような求償

ㄨ「故意免責条項と未必の故意」法教153号115頁、弥永真生「故意による事故招致免責条項に関する一考察——自家用自動車保険契約において——」損害保険研究56巻1号26頁（ただし、未必の故意の意味について後述の蓋然性説に立つと思われる）、島原宏明「事故の原因に基づく免責」金判別冊3『自動車保険の法律問題』57頁、新山一範「『未必の故意』の保険免責」『交通事故判例百選〔第4版〕』（1999年）201頁、大沼洋一「判批」判タ852号183頁、江頭憲治郎『商取引法〔第8版〕』（弘文堂、2018年）470頁など。

9) 中西・前掲注8)87頁、倉沢・前掲注8)104頁など。

10) 八島宏平「自動車責任保険における悪意免責の意義——自賠法一四条の解釈を中心に——」法学政治学論究23号229頁、北河隆之＝中西茂＝小賀野晶一＝八島宏平『逐条解説自動車損害賠償保障法〔第2版〕』（八島宏平）（弘文堂、2017年）、丸山一朗「保険事故招致免責条項にいう『故意』の解釈について」損保企画525号10頁等。

11) 倉沢・前掲注8)105頁、竹瀝・前掲注8)110頁など。

12) 石田・前掲注8)55頁、丸山・前掲注10)10頁など。

の仕組みがないので自賠法と同列に解することはできないと解される¹³⁾。

さらに、未必の故意であっても、故意の事故招致に基づき保険金を請求する行為は信義則に反するし、これに保険金を支払うことは公序良俗に反し、故意の事故招致を誘発するとの指摘もなされている¹⁴⁾。

(2) 故意免責条項の「故意」に未必の故意は含まれないとする説¹⁵⁾

故意免責条項の「故意」に未必の故意を含まないとする見解は、刑法学上、未必の故意は、一定の結果の発生を認識しながら、その結果が発生してもかまわないと考えて、あえて行為をすることをいうものとされ、結果発生の可能性の認識はあるが、自己の伎倆、幸運等に信頼して結果の発生を否定する認識ある過失と区別される。これをそのまま導入すれば免責条項の適用があることになるが、責任保険は刑法的非難を含まず、未必の故意と認識ある過失の区別はきわめて困難であるから刑法上の概念をそのまま約款解釈に導入することの妥当性は疑問であること、自賠法14条の悪意には未必の故意は含まれないという運用がなされ、被害者救済の見地からこのような運用が望ましいこと等が指摘される。

もっとも、この見解はほとんど支持されていない。

(3) 蓋然性説(故意免責条項の「故意」に未必の故意を含むが故意の

意義については保険法独自の見地から定めるべきとする見解)

蓋然性説の骨子は以下のとおりである。

刑法学上、未必の故意に関する認容説は、結果発生の可能性を認識しな

13) 木宮=塙=西島=石田=金沢=松下「自動車保険約款の改訂と問題点」ジュリ521号28頁では、約款制定者側の解釈としては、未必の故意は入ることにした、という発言がある他、石田満博士の指摘として、「賠償条項のところで故意についても酒酔いと同じように払ったかどうか、払って、そして求償するということにしたいのではないかと思います。」との指摘があるが、現状ではそのような求償の仕組みは実現していない。

14) 弥永・前掲注 8) 25頁、河上正二・判例評論357号66頁(判時1285号220頁)。

15) 東谷隆夫「保険約款における各種免責事由」判タ644号42頁。

がらあえてその危険をおかして行為する場合の心理状態をもって未必の故意とする。結果発生の可能性を認識しているという点では認識ある過失と共通性があるが、あえて行為するという認容なる意思的態度があることによって認識ある過失と区別され、故意に含ませることが正当化されるといえるが、これに対しては、蓋然性説の立場から、認容とは行為に表現されない単なる内面的感情であいまいなものであり、内面的に悪いと考えたとか感じたという理由で単なる過失行為でも故意行為者として処罰され得るという批判がなされ、単なる可能性の認識をこえる蓋然的に犯罪を実現する認識のある場合に未必の故意が認められるとする。故意の事故招致免責規定は、未必の故意に関する認容説のいう「あえて」行為に出るという主観的悪性に対する道義的非難を全く含まないとはいえないが、それだけで免責の効果を規定しているのではなく、あくまでも結果の発生を認識して行為に出たということの不当性に着目している。すくなくとも、結果発生の可能性が高度に蓋然的でないにも関わらず、認容があったということの故に故意有りとする解釈は取るべきではなく¹⁶⁾、結果発生の蓋然性が高いことを要し、そのことを認識していた限りで故意に当たるとすれば足りるとされる¹⁷⁾。

（４）刑法学説について

ア 刑法学上¹⁸⁾も、民法学上（不法行為法上）¹⁹⁾も未必の故意は「故意」に含まれるとされていること、被害者救済を目的とした自賠法と、私保険である自動車保険は趣旨・目的が異なり、自賠法の解釈と自動車保険における契約当事者の合意の解釈は、共通の解釈を採用する基礎を欠くと解さ

16) 山下・前掲注 8) 71～73頁。

17) 山下友信『保険法』（有斐閣、2005年）375頁。

18) 前田雅英『刑法総論講義（第7版）』（東京大学出版会、2019年）162頁、山口厚『刑法総論（第3版）』（有斐閣、2016年）214頁。

19) 幾代通著・徳本伸一補訂『不法行為法』（有斐閣、1993年）26頁、窪田充見編集『新注釈民法（15）債権（8）』（橋本佳幸）（有斐閣、2017年）327頁。

れ、同列に論じることにはできないことから、故意免責条項の「故意」に未必の故意は含まない、とする説は採れない。また、故意免責条項の「故意」に未必の故意は含まれると解するが、「未必の故意」の意義を、「あえて行為に出た」という要素を要求する「認容説」を前提とすることにも疑問がある。

では、蓋然性説はどうか。蓋然性説を採用することで「認容」という主観的要素の認定から解放されることとなり²⁰⁾、この点は有意であると考えられる。「認容」の要素がなくとも、結果発生 of 蓋然性の存在とその認識を要求することで、適切に免責とすべきケースの選別は可能であろう。もっとも、上記で見た蓋然性説には、可能性と蓋然性の区別が可能かという批判が想定されるし、故意免責の趣旨からは、「あえて行為に出た」という主観的要素に対する非難可能性が必要であるとの指摘もある²¹⁾。よって、蓋然性説を採用するにしても蓋然性説の意味内容をより精緻に確立して、実務での運用に耐え得るものとし、かつ、故意免責の趣旨からの根拠付けとも整合し、保険者と保険契約者の合意内容として合理的でなければならない。

そこで、以下では、刑法概念に対する依存への批判²²⁾があることは承知しつつも、刑法学における故意概念に関する議論を概観し、保険法理論として蓋然性説の採用可能性について検討を進める。

イ 刑法38条1項は「罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、この限りではない。」として故意処罰の

20) 前掲注 3) のとおり運転のようなケースもそうであるが、ほとんどの被保険者は認容を否認すると思われる。その場合に間接事実による推認の方法での故意(殺意)を認定するのは簡単ではない。しかし、前掲注 3) のとおり運転のようなケースで、被保険者が否認したが故に故意免責を認めないとの判断がなされることは、一般の法感情に沿わないであろう。

21) 尾上・前掲注 7) 503頁等。

22) 大塚英明「故意による事故招致免責——いわゆる蓋然性説の理論的展開」判タ943号177頁。

原則を定め、特別の定めのある場合に例外として過失犯を処罰する。このように、故意とは罪を犯す意思であり、これは、犯罪（構成要件）事実の認識・表象と言い換えられてきた²³⁾。ただ、犯罪事実のすべてを完全に認識していなければ故意非難が認められないわけではなく、客観的構成要件要素のどの部分を、どの程度に認識していれば罪を犯す意思と認められるかが故意論の実質であり、それは、いかなる主観的事情が認定できれば故意非難が可能かという問題とされる²⁴⁾。

ウ 故意の種類は、結果を意図・意欲した場合も含め、結果の発生を確実なものとして表象した確定的故意と、結果を不確定なものとして予見した不確定的故意に大別される。そして後者は、①概括的故意、②択一的故意、③未必の故意に分かれ、未必の故意は、結果の発生を確実なものとは認識していないが、発生する蓋然性を表象している場合（ないしは、結果を認容する場合）とされる²⁵⁾。なお、分類上の説明の仕方の違いに過ぎないと思われるが、故意の種類を、①犯罪事実の実現を意図する場合（意図）、②犯罪事実が生じることを確定的なものとして認識・予見している場合（確定的故意）、そして、③犯罪事実の確定的な認識・予見はないが、その蓋然性を認識・予見している一定の場合（未必の故意）に区別されるところとする見解もある²⁶⁾。

過失については、犯罪事実の認識・予見はないがその可能性がある場合とされ、①犯罪事実が一旦は行為者の意識に上ったが結局それを否定した場合（認識ある過失）と、②犯罪事実が行為者の意識に上らなかった場合（認識なき過失）に区別される²⁷⁾。刑法上は、同じ法益侵害結果（例えば人の死亡）が生じた場合でも、未必の故意か認識ある過失かによって適用される罪名及び罰条（例えば殺人罪か過失致死罪か）が変わり法定刑に著し

23) 前田・前掲注18) 162頁。

24) 前田・前掲注18) 162頁。

25) 前田・前掲注18) 162頁。

26) 山口・前掲注18) 214頁。

27) 山口・前掲注18) 214頁。

い違いが生じるため、この区別の限界は極めて重要な問題となる。

エ 未必の故意と認識ある過失を区別する基準として、学説は、犯罪事実の認識のみで足りるとする認識説（表象説）と、犯罪事実の実現を希望または意欲することまで必要であるとする意思説という大きな対立を軸に、そこから更に細分化されていく。認識説（表象説）は、知的要素を重視し、意思説は、意欲的要素を重視する²⁸⁾。本稿では、代表的な見解として、① 認識（表象）説、② 蓋然性説、③ 認容説、④ 動機説、⑤ 実現意思説という分類に従って検討する²⁹⁾³⁰⁾。

オ 認識（表象）説³¹⁾

認識（表象）説は、不確定的故意は、結果に対する認識が不確定的な場合であり、未必の故意は、結果発生の認識そのものが不確定的な場合である。認識ある過失は、犯罪事実の発生は可能でも、その発生はないであろうと信じている場合をいう。よって、故意と過失を分かちメルクマールは結果発生の認識の有無である³²⁾。

認識説に対しては、結果発生の可能性の認識があれば常に故意があることになってしまう、行為者が「結局において結果が発生すると思ったかどうか」で区別することになるが、行為者の頭に可能性がよぎったが「判断停止」のまま行為したとか、成り行きに無関心であった場合に故意か過失かを判断できない、との批判がある³³⁾。

28) 奥村正雄「未必の故意と条件付故意」ジュリスト増刊刑法の争点（第3版）60頁。

29) 平澤修「故意と過失を分かち基準」中央学院大学法学論叢29巻2号56～61頁。

30) なお、刑法学説上は、故意概念の捉え方は、故意が犯罪論の体系上いかなる地位を占めるか、すなわち、故意は違法要素か責任要素かという問題と関連する問題であるとされるが、本稿ではあくまでも賠償責任保険における「故意」の意義の検討のために刑法学説を参照するものであるから、この点には立ち入らない。犯罪論体系上の故意の位置付けに関しては、高山佳奈子『故意と違法性の意識』（有斐閣、1999年）138頁等参照。

31) 認識とは正確には表象（将来発生すべき事実に対する予見を含むという意味）である。平澤・前掲注29）56頁。

32) 平澤・前掲注29）56頁、高山・前掲注30）148頁も同趣旨と思われる。なお、奥村・前掲注28）60頁も参照。

33) 平澤・前掲注29）62頁、奥村・前掲注28）60頁。

カ 蓋然性説

蓋然性説は、認識説に立つと結果発生の予見（可能性の認識）がある認識ある過失が故意に取り込まれてしまう、という批判を受け修正された説であり、行為者が結果発生の蓋然性を高いものと認識したときは故意であり、低いものと認識したときは過失であるとする。蓋然性説では、認識ある過失は単に結果発生の可能性を認識する場合であり、未必の故意は、結果発生の可能性よりは高い程度の蓋然性を認識する場合であるとされ、認識対象となる客観的事実の有する結果発生の可能性の程度とそれに対する認識によって区別される³⁴⁾。

蓋然性説に対しては、結果発生の可能性は低いことを知りつつ、結果を積極的に意図して行為した場合（例えば、50メートル先の人を是非殺したいと願い、当たる確率は低いと思いつつも当たることを心から望んで打つ場合や、死を願って新幹線旅行を勧め現に事故死した場合³⁵⁾）に故意が認められないとの批判や³⁶⁾、可能性と蓋然性の区別は不明確であり、量的な基準はあいまいで故意の限界を画することはできない³⁷⁾、といった批判がある。

キ 認容説

認容説は、蓋然性説に対する、結果発生の可能性が低くても結果を意図していた場合には故意は認められるべきであり、不能犯の場合でも故意は肯定できるのであるから行為者に結果発生の意図がある場合には故意が肯定できる、との批判に基づき、認識的要素のみでは故意の有無を判断できず、意思的要素が故意の成立に大きく寄与するとする。このような考えのもと、認容説は、未必の故意を、①結果の発生が可能でこれを「積極的」に認容した場合（＝結果の発生を「かまわない」と思った場合）又は②結果の発生が可能でこれを「消極的」に認容した場合（＝結果の発生を「仕方か

34) 平澤・前掲注29) 57頁、奥村・前掲注28) 60頁。

35) 前田・前掲注18) 164頁。

36) 平澤・前掲注29) 62頁。

37) 奥村・前掲注28) 60頁。

ない」と思った場合)をいうとし、認識ある過失とは、結果発生の表象はあるが、その認容が欠如する場合とする³⁸⁾。認容説のベースには意思説があり、意思説は意思的要素を重視するため、故意では犯罪事実に対する積極的な人格態度を見る必要があるという考え方がある。認容説の特徴は、結果発生単なる可能性を認識した場合にも認容があると認められれば未必の故意があるという点では蓋然性説よりも故意の成立範囲は広くなり、逆に、結果発生蓋然性を認識した場合にも認容がないと認められれば認識ある過失にとどまるという点では故意の成立範囲は狭くなる点にある³⁹⁾。

認容説に対しては、第一に、「認容」といわれるものは実は、「情緒的な付属物」であって意思的なものではない、「認容」は行為に表現されない行為者の単なる「内面的感情」に過ぎず、意思とは関係がないと批判される。結果が発生しても「かまわない」、「よい」、「仕方がない」「無関心である」というような「認容」といわれる心理状態ないし人格的態度は、故意、すなわち、認識した犯罪事実とくに結果を生じさせると決意するという意思的要素そのものではなく、認識した犯罪事実とくに結果の発生を心の中でどう受け止めるかという情緒的・感情的要素である。そのような「認容」が故意と過失の限界を画する意思的要素とはいえない、と批判される⁴⁰⁾。さらに、故意を認めるために意思的要素が必要だとしても、それは「行為に出る」意思である「行為意思」にすでに含まれており、その意思に担われた行為者の心理内容が故意といえるものか否かが問題なのだから、そのような心理内容を確定する際に再び意思的要素を持ち出すことはできない、行為意思を超えた「意思的要素」は単なる情緒的要素にすぎず、それによって故意の有無を決めるのは、「他人のことを意に介しない」といった悪しき性格」を根拠に、認識内容がとくに問われないまま故意が

38) 平澤・前掲注 29) 57～58頁。

39) 奥村・前掲注 28) 60頁。

40) 平澤・前掲注 29) 58頁。

認められることになりかねない、とも批判される⁴¹⁾。第二に「認容」という微妙な心理状態を立証ないし認定することは實際上きわめて困難であると批判される。さらに、情緒的要素は、内心の持続的な傾向や人格態度が問題となり、認容の認定には困難があると同時に、その認定が恣意的になるおそれがあるとされる⁴²⁾。

ク 動 機 説

動機説は、未必の故意と認識ある過失を結果発生 of 認識が行為の動機形成過程に与える影響によって区別する見解である。行為者が結果発生 of 蓋然性ないし可能性を認識した場合に、結果が発生するであろうという判断（意思）に至ったにもかかわらず、それを動機として行為を思いとどまらなかった場合に故意があるとする⁴³⁾。

動機説に対しては、「認識」しながら行為に出れば常に故意が認められることになり、認識説に対するのと同様の批判がなされる⁴⁴⁾。

ケ 実現意思説

実現意思説は、次のように説く。刑法は法益の侵害・危険を防止するために存在し、法益の侵害・危険が認められる事態を実現しようとする意思がある場合には特に重い評価を下すべきであり、その意味で故意は実現意思であることを本質とする。このような実現意思の有無は、意思の強さと認識された事実実現の確実度とのバランスにより判断される。未必の故意に関していえば、構成要件該当事実が実現する蓋然性を認識したときは、回避措置がとられない限り、事実の発生は実現意思に取り入れられたといえることから故意が認められる。例えば、酒に酔って自動車を適切に運転

41) 山口・前掲注 18) 214～215頁。なお、同書では、広島高判昭和36年8月25日高刑集14巻5号333頁が、酒に酔って前照灯が故障した自動車を運転し、被害者に衝突させて傷害を負わせた事案で、危険性の認識とともに、「結果の発生を何等意に介すること」がなかった点を捉えて暴行の故意を肯定した点を問題視している。

42) 平澤・前掲注 29) 58～59頁。

43) 平澤・前掲注 29) 59頁、奥村・前掲注 28) 60頁。

44) 奥村・前掲注 28) 60頁。

できない状態で、誰か人にぶつかる可能性は大きいと認識しつつ、かなりの高速で運転する行為については、傷害（場合によっては殺人）の未必の故意を肯定できる。これに対し、低い程度の可能性の認識は、その事実実現が意図的に追求されるのでない限り、故意とはいえない⁴⁵⁾。

実現意思説は、実現意思の有無によって故意と過失の区別を行うもので、結果発生に向けて因果経過を予見し、意図した結果を実現し、意図しない付随結果を回避するために適切な手段を投入し自らの行為を操縦する意思が形成された場合に未必の故意を認めるとする。しかし、これに対しては、第一に、構成要件該当事実の実現の意図、目的を何によって認定するのか、客観的に危険な事実の存在が前提となるはずであるが、それが存在しないときでも意図、目的があるというのか、との批判、第二に、結果の発生可能性の高さに対する認識をもとに実現意思を認定するようであるが、それは、結局「認識が意思を推認させる」と言っているに過ぎないのではないか、第三に、「低い程度の可能性の認識であっても、その事実実現が意図的に追求されるならば故意がある」とはどういうことか、などと批判される⁴⁶⁾。

(5) 刑法学説に基づく検討

刑法学説を概観してきたが、結果発生の可能性があれば故意を認める認識説（表象説）と動機説は、故意免責の範囲が広がりすぎてしまうこと、また、行為者が結果発生の可能性に関する思考を停止したり、成り行きに無関心な場合に故意と過失の区別がつけられないことから、この説は採れない。

認容説は、通説・判例⁴⁷⁾とされ、意思的要素を求めることで認識説を修

45) 平澤・前掲注 29) 61頁。

46) 平澤・前掲注 29) 66～67頁。

47) 最判昭和23年3月16日刑集2巻3号227頁は、贓物故買罪の買受人たる被告人が、売渡人から盗品であることを明らかに告げられた事実がなくても、盗品であるかもしれないと思いながらあえて買い受けた事実が認められれば未必の故意が認定できるとする。しかし、この「あえて」には対象物を買う意以上のものはなく、行為意思を超えたメ

正するものであるが、認容は、結果が発生しても「かまわない」、「仕方がない」というような心理状態ないし人格的態度であり、単なる「内面的な感情」に過ぎず、意思とは関係がない。ゆえに、認容によって故意の有無を決めるのは、「他人のことを意に介しないといった悪しき性格」を理由に故意が認められることになり妥当でないというべきである。これに対しては、故意免責の趣旨として、信義則ないし公序良俗⁴⁸⁾を強調する立場からは、上記のような「悪しき性格」に基づき故意の有無を判断することは故意免責の趣旨と整合するとの指摘が考えられる。しかしながら、故意免責の趣旨は信義則ないし公序良俗のみから説明されるのではなく、保険者が引き受けを欲しない危険の高い行為を除外する（危険除外説）という側面もあり⁴⁹⁾、この観点からは、被保険者の「悪しき性格」が危険を増加させるのではなく、被保険者が結果発生の際に蓋然性を認識しながら、行為に出た「行為意思」に危険増加の根拠を求めることもできるため、認容説のみが故意免責の趣旨と整合するわけではない。また、認容説に対しては、「認容」という微妙な心理状態を立証ないし認定することは実際上きわめて困難であり、かつその認定が恣意的になるおそれもある。適式な証拠調べに基づき事実認定を行う訴訟手続上であれば微妙な認定も可能かもしれないが、訴外で事案を処理する場合にはこの点の懸念が当てはまる⁵⁰⁾。な

ㄨ 意思的要素は単なる情緒的要素に過ぎないと指摘される。山口・前掲注 18) 215頁。

48) 山下・前掲注 17) 370頁。最判平成 5 年判決も故意免責の趣旨として「信義則あるいは公序良俗」と指摘している。

49) 竹瀆修「保険事故招致免責規定の法的性質と第三者の保険事故招致（一）」立命館法学 170号525～526頁、竹瀆修「保険事故招致免責規定の法的性質と第三者の保険事故招致（二）」立命館法学171号681～683頁、坂口光男「保険事故の招致と保険者免責」『保険契約法の基本問題』（文眞堂、1996年）56～59頁。

50) 未必の故意の成立範囲については、各説の違いを生む微細な心理状態を裁判上どのような証拠に基づいて認定するのかという視点も踏まえて十分な議論がされてきたとはいえない側面があり、裁判員裁判においてこの点が顕在化し、例えば憤激の末に刃物で身体の枢要部を刺したような事案等において、「人が死ぬ危険性の高い行為を、そのような行為とわかって行った」と認めることができるか否かを直接の立証対象として裁判員に示す方法が提案されており、この提案に類する説明を踏まえた事実認定を行っていると思われる。

お、認容説では、結果発生単なる可能性を認識した場合にも認容があると認められれば未必の故意があることになり、この点では蓋然性説よりも故意の成立範囲は広くなり、逆に、結果発生蓋然性を認識した場合にも認容がないと認められれば認識ある過失にとどまるという点では故意の成立範囲は狭くなる。例えば冒頭で述べた東名高速道路上でのあおり運転のケースでは、高速道路上で他の車両を停止させる行為は極めて危険な結果発生蓋然性のある行為であるが、認容がなければ認識ある過失となる。しかし、このような結論は不当というべきである。極端な言い方をすれば、「結果が確実に起こると認識していたが、起こらないことを希望して実行した場合」に⁵¹⁾⁵²⁾、認容説では故意免責を適用できないが、このような場合には故意免責を適用すべきである。よって、認容説は採用できない。

実現意思説は、法益侵害結果の実現意思という概念が曖昧であると同時に保険法上の故意免責における故意概念となじまないと考えられること、結果発生可能性の認識が低くても、その事実実現が意図的に追求されるならば故意があるとされるが（その意味するところは判然としない部分もあるが）、故意の保険事故招致免責の場面ではあまり想定されない事態と解されることから、この説は採れない。

かくして消去法的に蓋然性説が残るわけであるが、この説を採れるか。蓋然性説とは、行為者が結果発生蓋然性を高いものと認識したときは故意であり、低いものと認識したときは過失であるとする考え方であるが、前述のとおり、結果発生可能性は低いことを知りつつ、結果を積極的に意図して行為した場合に故意が認められないとの批判や、可能性と蓋然性の区別は不明確であり、量的な基準はいまいで故意の限界を画することはできない、といった批判がある。

↘ 事例がある（前田雅英ほか編集代表『条解刑法（第4版）』（弘文堂、2020年）146～147頁）とのことであるが、個人賠償責任保険などの有無責任の判断において法律家ではない保険会社の担当者にとっては認容の判断は困難を伴うものと思われる。

51) 前田・前掲注18) 164頁。

52) 被保険者がそのように弁解する可能性はあり得るであろう。

前者（先ほどは設例として「死を願って新幹線旅行を勧め現に事故死した場合」を引用したが、これを自動車保険に即して、「死を願って自分の運転する車に同乗させ、偶然事故が起こった場合」を想定しても良い）の批判に対しては、實際上ほとんど生じ得ないので考慮する必要がなく、仮にそのようなケースが起きた場合には、故意免責を適用する必要はないであろう。後者の批判に対しては、行為者が結果発生の可能性をどの程度認識していたかは、認容説であっても問題となるのであり、この点の認定は避けられない。結果発生危険の程度は、事故前の状況や、速度、運転操作状況等により客観的に判断可能であり、情緒的・心情的要素である「認容」よりも、遙かに容易に判断できる。また、情緒的・心情的要素である「認容」は当該被保険者を基準に判断しなければならないが⁵³⁾、結果発生危険の程度は、そのような状況に直面した合理的一般人を基準に判断した上で、被保険者の内心を推認することが可能である。危険の程度は客観的事実であり、被保険者が否認しても概ね安定的に判断可能と思われる。

（６）刑法学説援用の妥当性

このような刑法学上の議論を保険法上の議論に援用することの妥当性が問題となるが、刑法における故意の処罰根拠の議論と、保険法上の故意免責の趣旨との類似性から一応の説明は可能であろう。すなわち、刑法学上、故意には「提訴機能」があるとされる。「提訴機能」とは、犯罪事実を認識すれば、通常、「それを実現する行為に出るべきではない」という反対動機が形成される。そして、過失においては、犯罪事実の認識がないので直接の提訴機能がはたらかず、「まず反対動機形成の前提として犯罪事実を認識するべきである」という間接的非難が妥当する、とされる⁵⁴⁾。

53) それゆえに被保険者の供述の信用性が問題となるが、保険上の有無責の場面で、危険であることを認識しながら、あえて行動に出ましたと自認する被保険者はまずいと思われる。

54) 高山・前掲注 30) 65頁、前田・前掲注 18) 161頁、175頁。

そして、反対動機を形成し、思いとどまることができたのにこれを乗り越えて行為に出た点に故意非難を加えるのである。他方、保険法上の故意免責の趣旨は前述のとおり、信義則、公序良俗、危険除外と複合的に理解されており、故意免責条項は任意規定であるため、刑法のように国家により絶対に禁止されているわけではないが、当事者間の合意により免責とされている以上は、結果発生 of 蓋然性を認識したのであれば反対動機が形成され、信義則上行為に出ないことが求められるといえる。他人に重大な危険を及ぼすおそれのある賠償責任保険適用の場面では公序良俗の観点からも行為に出ないことが求められるといえる。危険除外説の観点からは、反対動機の形成という観点は強調できないが、故意の判断に「認容」という情緒的要素を求めず、客観的な危険の高さとそれに対する（合理的一般人を基準とした）認識のみを基準に引き受けの対象となるか否かを判断することになるため、蓋然性説はその判断基準において危険除外説と整合的である。このように、蓋然性説は保険法上の故意免責の趣旨とも整合することから、保険契約当事者の合理的意思にも合致するといえる。以上の検討によれば、蓋然性説を前提とする未必の故意を故意免責条項における「故意」に含めて考える余地はあると思われる。

2 故意の認識対象は何か（原因行為か損害結果か）

学説の状況は以下のとおりである。

(1) 故意は原因行為にあれば足りるとする説

この見解は、免責事由たる故意は、原因行為について存在すれば足り、損害発生 of 認識は不要とする考え方であり、平成 5 年判決の原審が採用する考え方である。平成 5 年判決の原審は、傷害致死の場合に致死という後続の重い結果につき加害者が責任を負うのは、その結果につき改めて過失が問われることによるのではなく、これをもたらした当初の傷害行為について故意があったことによるものであり、当初の原因行為の不法性を介して法的責任に結びつくのであるから、後続の重い結果につき故意免責条項

の適用を考えるに際しても、故意は、当初の原因行為に関するものと解釈すべきと述べる。

この説に立つ学説は、① 伝統的な保険法理論では、故意免責は、故意に保険事故を招致することにもとづく免責であり、損害に着目した免責事由ではないと解してきたのであり、被保険者に保険事故を起こすことについての故意があれば、その保険事故と因果関係のある損害について保険者は免責となる、責任保険においても、責任保険の保険事故を第三者に対する責任負担と理解すれば他人に対して責任を負うことの故意で足り、この意味の故意は、傷害を与える行為を故意にするときには肯定できるので、その行為と相当因果関係にある損害について保険者免責となると説く見解⁵⁵⁾⁵⁶⁾、② 保険者を免責させるべきかどうかは、保険契約上の免責約款の解釈であるから、必ずしも刑法上あるいは民法上の故意概念に拘束させる必要はない、という理解を前提に、本件約款の「故意によって生じた損害」にいう「損害」は、損害賠償責任を負担することを意味し、「よって」とは、「故意」が原因となって「損害」すなわち、「損害賠償責任の負担」が生じる趣旨であるから、傷害に対する故意に基づく損害賠償責任の内容・範囲に死亡結果も包含され、その範囲に故意免責の適用が認められると説く見解⁵⁷⁾などがある。

この説に対しては、暴行の故意で行為し、被害者に対する人身損害の惹起を意図していない場合に、死亡の結果が発生し、当該暴行と死亡との間

55) 山下友信「故意免責における故意の意義」鴻恒夫＝竹内昭夫＝江頭憲治郎＝山下友信編『損害保険判例百選【第2版】』（1996年）125頁。なお、責任保険の保険事故については「損害事故説」に立つ点以外は同趣旨の見解を採るものとして、田辺・前掲注 8）122頁。

56) 大森忠夫『保険法【補訂版】』（有斐閣、1985年）147頁～は、「悪意とは、保険事故を発生せしめるについての故意をいい」とあり、これがこの説の根拠とされる場合があるが、同書はその後で、「必ずしも保険金取得の意思があることを必要としない。」とも記載され、故意の認識対象として損害を不要とすることを述べる点に主眼があるのではなく、保険金取得目的を不要とする点を強調されているようにも読める。

57) 落合・前掲注 8）75頁（ただし、後に改説される）。

に相当因果関係があれば故意免責を認めることになり、故意免責の適用範囲が広すぎるとの批判⁵⁸⁾、軽い原因行為に故意があっただけで故意免責条項に該当し、保険者が免責されるとするならば、保険事故招致に関する約款の条項から「重大な過失」を削除し、故意だけを免責とした趣旨に反する⁵⁹⁾といった批判がある。

(2) 故意は原因行為及び損害結果の両方に必要とする説

この見解は、免責事由たる故意は、原因行為及び損害結果について必要とする考え方であり、平成5年判決が採用する考え方である。平成5年判決は、ここで問題となるのは、加害者の負担すべき損害賠償責任の範囲ではなく、本件免責条項によって保険者が例外的に保険金の支払いを免れる範囲がどのようなものとして合意されているのかという保険契約当事者の意思解釈の問題であるとし、免責規定は例外規定であることを考慮しつつ、予期しなかった死亡損害の賠償責任の負担に故意免責を及ぼすことが一般保険契約者の通常の意味といえるか、そのように解さなければ免責条項の趣旨を没却することになるのか、といった見地から検討すべきであるとした上で、傷害と死亡とでは、通常、被害の重大性に質的な違いがあり、損害賠償責任の範囲に大きな差異があるから、予期しなかった死の結果には故意免責の効果は及ばないとする。

58) 竹瀝・前掲注 8) 102頁、尾上・前掲注 7) 502頁。

59) 石田・前掲注 8) 54頁。ただし、石田博士は、石田満「交通事故と保険法との交錯」『交通事故賠償の新たな動向』（ぎょうせい、1996年）479頁において、事故に至る過程を全体的に評価してそれが反社会性が著しい場合には、仮に傷害についてだけに故意があったとしても死の結果をもたらした場合、保険事故免責条項にあたると解してよい事案も絶無とはいえない、とも指摘され、石田満「判批」判タ1097号75頁でも、事故に至る過程を全体的に評価してそれが反社会性（反倫理性）が著しい場合には、仮に傷害についてだけの故意があったとしても死もしくは重大な身体障害の結果をもたらした場合、保険事故免責条項に当たると解さなければ著しく不当な結果を認容することになる、として死の結果に対する故意がなくても故意免責を認める例外についても述べられているが、重大な過失との関係については言及はない。

この説に立つ学説は、故意免責の適用範囲が限定され、被保険者及び被害者保護に資すること⁶⁰⁾、ドイツの責任保険約款についても同様の解釈が採用されていること⁶¹⁾などが根拠して説かれる。

この説に対しては、故意免責の適用範囲が狭くなるとの批判⁶²⁾、傷害の故意で傷害の結果が発生したときは、保険者が全額免責されるのに、たまたまそれよりも重大な死の結果が発生したら保険者が責任を負うというのは、法感情に合わないとの批判⁶³⁾、同じ傷害の故意でもいじめなどの目的で被害者に傷害を負わせる確定的故意で自動車を当てて死亡させた場合に保険金を支払うことが果たして公序良俗に反しないといえるか、といった批判がある⁶⁴⁾。

（３）蓋然性説

この見解は、当該事実関係のなかでの具体的な原因行為の当該損害発生についての蓋然性を問題とすべきであり、きわめて高度の蓋然性が認められる場合には、損害発生に対する故意がなくとも、原因行為に対する故意があれば、保険者の免責を認めるべきであり、きわめて高度の蓋然性が認められない場合には、原因行為に対する故意があっても、損害発生に対する故意がなければ、保険者の免責は否定されるべきである、とし、具体的な原因行為の当該損害発生についてのきわめて高度な蓋然性が認められるかは、当該事実関係において客観的に判断されるべきで、さらに、この蓋然性は、不法行為責任の要件としての有責行為と損害発生との因果関係よりもより厳格に解釈されなければならないとする⁶⁵⁾。理由として、故意の

60) 尾上・前掲注 7) 504頁、丸山・前掲注 10) 9 頁、河上正二「判批」判例評論357号68頁（判時1285号）も同旨と思われる。

61) 石田・前掲注 8) 54頁、竹瀝・前掲注 8) 107頁の脚注（6）参照。

62) 竹瀝・前掲注 8) 103頁。

63) 竹瀝・前掲注 8) 103頁、同趣旨のものとして尾上・前掲注 7) 503頁。

64) 竹瀝・前掲注 8) 103頁。

65) 落合誠一「判批」ジュリ1018号130頁。平成 5 年判決が蓋然性説と類似する見解を採

対象を原因行為に対するもので足りるとした場合、仮に当該故意行為（原因行為）によっては重傷ないし死亡の結果（損害発生）が生ずる蓋然性が極めて低いときであっても、原因行為につき故意がある以上、保険者は免責となってしまうと不当でないこと、他方、死亡ないし重傷の結果（損害発生）が生ずる蓋然性のきわめて高い原因行為が実行された場合でも、原因行為に対しての故意はあるが、発生した重大な結果に対する故意がなければ保険者は免責とならず、保険金が支払われることになりやはり不当でないことが指摘されている⁶⁶⁾。

蓋然性説に対しては、きわめて高度な蓋然性という基準は有効な判断基準となり得るのかとの批判⁶⁷⁾、ここで問題とされるべきは、あくまでも結果（損害）発生認識・認容すなわち行為者の主観である。したがって、その評価とは別に、「きわめて高度な蓋然性」という客観的判断基準に依拠する点に疑問がある⁶⁸⁾、との批判がなされている。

(4) 原因行為の不法性が強い場合には加重的損害の故意を不要とする説

この見解は、傷害の確定的故意でいじめなどのために自動車を当てて、その結果、被害者を死亡させたような場合は、たとえ原因行為の故意（および傷害結果の故意）のみで、加重的損害（死亡）惹起の故意がないとしても、故意免責が適用されるとするものである。その理由として、原因行為の不法性が強い場合には、一般の法感情から見て、当該場合に保険金を支払うことは通常不当であると考えられること、故意免責の趣旨が、保険制度が不法な行為を助長しないことにもあること等が指摘される⁶⁹⁾。

↘用したと指摘するものとして、大杉謙一「判批」法学協会雑誌111巻11号1716頁。

66) 弥永・前掲注 8) 28頁も同旨解される。

67) 丸山・前掲注 10) 9 頁、竹瀝・前掲注 8) 104頁、尾上・前掲注 7) 503頁。

68) 山野嘉朗「判批」ジュリ臨増104号119頁。

69) 竹瀝・前掲注 8) 105～106頁。竹瀝修「保険事故招致免責の主観的要件——学説・判例法の最近の展開——」保険学雑誌547号34頁。

この見解は、原則として、原因行為及び損害結果の両方に対する故意を必要とするが、加害行為に出た動機の不法性が強い場合には、損害結果の故意がなくとも故意免責の適用を認めるとするもので、前述の蓋然性説が、当該行為から当該結果が生ずるきわめて高度の蓋然性が認められる場合に損害結果の認識を不要としていた、その「きわめて高度な蓋然性」部分を、「動機の不法」に置き換えて判断する見解と捉えることができる⁷⁰⁾。「きわめて高度な蓋然性基準」は客観的な危険の高さに即して判断するものであるのに対し、「動機の不法基準」は主観的な悪性または主観的な悪性から推認される客観的危険の高さにより判断する基準と解される。「きわめて高度な蓋然性基準」は、基準の不明確性を指摘されているが、「動機の不法基準」は論者によれば確定的故意に限定されているので、不法動機に起因した確定的故意を要するという意味では基準は明確といえる。もっとも、動機の不法（公序良俗違反）該当性については一義的な基準はなく、一般の法感情を客観化することは簡単ではないため、その意味では一定の不明確性が残ることは否めない⁷¹⁾。

（５）検討のための視点と仮説

ア 民法ないし不法行為法理に拘束されるか

賠償責任保険における保険事故は、被保険者の損害賠償責任の負担であり、自動車事故における損害賠償責任の発生根拠は不法行為責任であるから、保険事故発生の有無は、基本的に不法行為法理によって定まるとの指摘がある⁷²⁾。この指摘に基づくと、不法行為法理における故意とは何か、という点が問題となるが、一般的には、故意とは、一定の結果の発生すべきことを意図し、または少なくともそうした結果の発生すべきことを認識

70) いずれの見解も、「きわめて高度な蓋然性」または「動機の不法」の要件を満たすことで、損害結果の認識を不要とする点で共通点がある。

71) ただしこの問題は、故意免責固有の問題ではなく、公序良俗（民法90条）や信義則（民法1条2項）該当性の判断の際には常に生ずる問題である。

72) 中西・前掲注 8）87頁、倉沢・前掲注 8）104頁。

ないし予見しながら、それを認容して行為をする心理状態とされ、ここでの認識は、客観的に違法とされる侵害を他者に加えることの認識で足りるとされる⁷³⁾⁷⁴⁾。したがって、基本的には原因行為に対する認識があれば足り、損害結果の認識は不要で、原因行為と相当因果関係のある損害について賠償の責めを負うことになる。この見地からは、「故意の対象は原因行為にあれば足りる」とする考え方を採用すべきこととなる。もっとも、本件ではたまたま責任保険の問題で、保険事故を責任負担方式と捉えた結果、不法行為法理に拘束されているだけであり、このことから必然的に保険法ないし保険約款における故意概念が民法ないし不法行為法理に拘束されるわけではない。その他の物保険や、生命保険においても故意概念は存在するのであり、保険法独自の解釈を行うべきである⁷⁵⁾。

イ 刑法における結果的加重犯の概念の援用

刑法における結果的加重犯とは、故意の内容を超過した重い結果を生ぜしめた行為を、本来の故意犯よりも重く処罰する犯罪類型のこととされ、ケガをさせようとして相手を殺してしまった場合に傷害致死罪（刑法205条）が成立するケースが典型的である⁷⁶⁾。結果的加重犯は、重い結果の発生につき、故意がない場合が通常であるが、その処罰根拠は、ある種の故意行為から一定の重い結果が発生することがしばしばみられるとき、典型的に重い結果を惹起する危険をもつその基本行為を特に強く禁止すること

73) 幾代・徳本・前掲注 19) 26頁。同趣旨のものとして、我妻榮＝有泉亭＝清水誠＝田山輝明『コンメンタール民法 総則・物権・債権（第6版）』（日本評論社、2019年）1466頁。

74) なお、ドイツ民法（BGB）823条1項も、「Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.」として損害結果に対する認識を求めている。なお、この点につき、新井修司＝金岡京子共訳「ドイツ保険契約法（2008年1月1日施行）」（（社）日本損害保険協会＝（社）生命保険協会、2008年）333頁参照。

75) 落合・前掲注 65) 130頁、石田・前掲注 8) 54頁、田辺・前掲注 8) 122頁も、民法上の解釈に拘束される必要はないとする。

76) 前田・前掲注 18) 48頁。

が、一般予防の上で積極的な意味がある点に求められるとされる⁷⁷⁾。それでは、結果的加重犯の重い結果について過失は必要かという点が問題となるが、通説は、結果的加重犯が基本犯より重く処罰される理由が加重結果を惹起したことによる違法性の加重にある以上、過失を必要とすべきとし、結果的加重犯は故意犯と過失犯の一種の結合形態であるとするが、判例は過失を不要としている⁷⁸⁾。

このように、刑法における結果的加重犯は、基本行為に重い結果を生じさせる危険が存在し、一般予防の観点でこれを重く処罰する点に根拠があり判例上は加重結果に対する過失すら不要とされていることから、これを安易に保険法ないし保険約款の解釈に援用することはできないが、他方で、故意免責には不正請求を助長しないという意味での公序良俗維持という側面があることや、危険除外の観点でも典型的に危険性の高い行為は引き受けから除外されていると見ることもできることに鑑みると、結果的加重犯として規定されている特定の犯罪類型と同種の行為については⁷⁹⁾⁸⁰⁾、刑法における結果的加重犯の理論が、損害結果に対する故意を不要とする理論的根拠になりうる余地はあると思われる⁸¹⁾。

ウ 仮 説

以上を踏まえて各説を検討すると、まず、故意は原因行為にあれば足りるとする見解は、既に指摘されているとおり、故意免責の範囲が広がりすぎるとの弱点があり、これを何らかの方法で制限する必要がある。責任保険における保険事故を第三者に対する損害賠償責任の負担と捉え、故意の

77) 井田良『講義刑法学・総論（第2版）』（有斐閣、2018年）242～244頁。

78) 山口・前掲注18）203頁。

79) 傷害致死罪のほか、遺棄等致死罪（刑法219条）、逮捕等致死傷罪（同法221条）、強制わいせつ等致死傷罪（181条）、建造物等損壊致死罪（260条後段）、延焼罪（111条）、自動車転覆等致死罪（126条3項）、危険運転致死傷罪（自動車運転処罰法2条）など、井田・前掲注77）241頁を参照した。

80) これらの類型に当てはまらない罪は、複数の罪の観念的競合（刑法54条1項）等で処断される。

81) 主として想定されるのは、傷害致死や危険運転致死傷のケースである。

保険事故招致と相当因果関係のある損害すべてに免責の効果を及ぼすというのは、刑法上の結果的加重犯の成立においても類型的に加重結果発生の危険性の高い罪に限定されていることに鑑みれば広すぎるというべきである。前述のとおり、保険法や保険約款の解釈は民法ないし不法行為法理に拘束される必要はなく、損害賠償の範囲を画するための概念である相当因果関係を使って故意免責の範囲を画する必然性もないと解される⁸²⁾。

次に、故意は原因行為及び損害結果の両方に必要とする説は、前者とは逆に、故意免責の適用範囲が狭くなるとの批判や、傷害の故意で傷害の結果が発生した場合には全部免責で、傷害の故意で死の結果が発生した場合には全部有責となるといったアンバランスがあるとの批判がある。しかし、前者については、故意免責の範囲が狭くなることは被害者救済に資するため必ずしもマイナス面ばかりではないともいえるし、後者については、技術上及び立証上の困難はあるが、一部免責を認める（死の結果に基づく損害は有責であるが、そこから傷害による損害を控除する）ことでアンバランスを解消する方法はある⁸³⁾。

82) 山下・前掲注17) 372頁は、ドイツ保険契約法61条を根拠とするところ、現行ドイツ保険契約法81条1項は、「Der Versicherer ist nicht zur Leistung verpflichtet, wenn der versicherungsnehmer vorsätzlich den versicherungsfall herbeiführt.」として保険事故を故意の対象としているが、責任保険に関する103条は、「Der Versicherer ist nicht zur Leistung verpflichtet, wenn der versicherungsnehmer vorsätzlich und widerrechtlich den bei dem Dritten eingetretenen Schaden herbeigeführt hat.」と規定され、政府法案理由書では旧ドイツ保険契約法152条の規制内容は維持しつつも、故意は損害結果についても存在しなければならないことが新法で明らかにされたとされている（新井＝金岡・前掲注74) 333頁）。

83) 被保険者側は、免責になる範囲を少しでも小さくするため、傷害による損害を低く評価するであろうし、保険者側は、免責の範囲を広くとらえるため、傷害による損害を高く評価する（後遺障害に関する損害や将来介護に関する損害等）ことが予想される。このように一部免責は、傷害による損害に対して、「もし生きていたならば」という仮定的評価を含むため、その認定は極めて難しい。現行法の枠組みで解決しようとする、訴訟の場面では民訴法248条を適用することが想定されるが、すべてが訴訟移行するわけではないから、予め約款で故意免責の及ぶ範囲（不支払の範囲）を割合的に定めておくという方法も考えられる。

そうすると、この説の問題は、故意の及ばない損害結果（上記の例でいえば傷害の故意で死の結果が生じた場合の死亡損害部分）に対しては、免責が認められないことの妥当性ということになるが、明らかに危険性の高い行為や不法性の強い行為に対して損害結果の認識がないとの理由で故意免責が及ばないとするのは妥当ではないと考えられる。

そこで、原則として損害結果の認識が必要であるが、例外的に損害結果の認識が不要となる場合がある、と考えるのが妥当であり、いかなる場合に例外を認めるかを問題とすべきである。

蓋然性説と原因行為の不法性が強い場合に加重的損害の故意を不要とする説は、いずれも結果に対する認識がなくても故意免責を認める例外について論じた説であり、その意味で基本的発想に大きな違いはないが、具体的な結論に差異が生じる場合もある。例えば、冒頭で述べた東名高速道路上や大阪府堺市におけるあおり運転の事例などは結果発生の高度の蓋然性も原因行為の不法性もいずれも高いため、結果に差異はないが、同じく前述した神戸地尼崎支判平成3年2月19日（被害者が走行中に加害者運転車両に無理やり乗り込もうとして転落して同車両にひかれて死亡した。被害者には加害者に対する傷害の未必の故意のみが認定されている）の事案等では、加害者は被害者から逃げるために車両を走行させていたのであり、原因行為の不法性の高さは評価が分かれうるため⁸⁴⁾、蓋然性説では行為の危険性の高さから故意免責が適用されうるが（神戸地尼崎支判は原因行為に対する故意があれば足りるとして、故意免責を適用した）、原因行為の不法性が強い場合に加重的損害の故意を不要とする説に立てば、原因行為の不法性は弱いと評価され、故意免責は適用できないとの判断もあり得る⁸⁵⁾。

84) 逃走目的であり原因行為の動機の不法性は比較的小さいと思うが、評価は分かれうる。

85) 竹濱修「自動車保険普通保険約款における免責事由の『故意』の意味」商事法務1388号75頁。本件では傷害部分に対する未必の故意が認定されているため、死の結果に対しては有責であるが、傷害結果部分については故意免責が適用されるという結論になる余地があり、その場合には、総損害から傷害部分の損害額を控除する必要があると解されるが、竹濱教授は損害額の確定には困難を伴うため、控除には消極的である、同74頁。

反対に、行為の危険性は低い⁸⁶⁾、行為の不法性は強い場合にも結論が分かれることになる（蓋然性説では故意免責は認められず、原因行為の不法性が強い場合に加重的損害の故意を不要とする説では故意免責が認められる⁸⁶⁾）。

このように見てくると、この2説は互いに排斥しあうのではなく、相互に補完する関係にあると位置付けることができる。蓋然性説は、蓋然性の有無を不法行為における相当因果関係よりも厳格に解釈されなければならない⁸⁷⁾と説くが、そこでいう厳格な解釈の意味は必ずしも明らかでなく⁸⁸⁾、蓋然性基準だけでは、故意は原因行為にあれば足りるとする説（原因行為と相当因果関係にある結果に故意免責を及ぼす）と結論的には大きな違いは生じない可能性がある。そこで、損害結果の認識を不要とすることによる故意免責の範囲の広がり限定するため、損害結果発生の高度の蓋然性があり、かつ、原因行為の不法性が強い場合には、損害結果の認識がなくとも故意免責の効果を及ぼすことができる、との考えを仮説として提示することとしたい。

当然、不法目的を要件とすることの必要性や妥当性、損害結果の認識を必要とする判例の基準と比較して解決に差異が生じるか、妥当な結論を導けるかといった点が問題となるため、次稿以下で、これらの点を引き続き検討する。

86) 損害結果発生の高度の蓋然性がそもそも存在しない場合には行為の不法性が強くても故意免責の効果を及ぼす必要はないであろう。

87) 落合・前掲注 65) 130頁。

88) 「きわめて」高度な蓋然性の「きわめて」の要件で絞りをかける趣旨とも思われるが、「きわめて」の基準を要するかも検討が必要である。